

**WYROK**  
**z dnia 1 lutego 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia br. przez wykonawcę Green Management Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Miejski Zakład Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wałbrzychu

przy udziale przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Arcon Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Green Management Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Green Management Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy Green Management Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz zamawiającego - Miejski Zakład Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wałbrzychu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesionych z tytułu kosztów reprezentacji przed Izbą.

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Świdnicy**.

**Przewodniczący: .....**

2

**Uzasadnienie**

I. Miejski Zakład Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wałbrzychu (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa sprzętu mobilnego w ramach rozbudowy istniejącej linii sortowniczej odpadów o system mechanicznego i biologicznego przetwarzania odpadów (kompostowanie i stabilizacja) polegająca na budowie Zakładu Segregacji i Zagospodarowania Odpadów w Wałbrzychu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 2 września 2016 r., poz. 2016/S 169-303548. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa).

W dniu 18 stycznia 2017 r. wykonawca Green Management Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie,

w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy poprzez nieodrzućenie oferty niezgodnej z treścią SIWZ, niespełniającą wymogów Zamawiającego żądanych w przetargu; Odwołujący wskazywał, że oferta, która przez Zamawiającego została uznana za najkorzystniejszą, powinna zostać odrzućona, ponieważ jest niezgodna z treścią SIWZ. Po pierwsze, zaoferowana w konkurencyjnej ofercie „przerzucarka Doppstadt DU 265 Panda tworzy przyzmy o wysokości przewyższającej wysokość przyzmy dopuszczonych przez Zamawiającego. Oferowana przerzucarka tworzy bowiem przyzmy o wysokości max. 3,2m, a nie tak, jak wymagał tego Zamawiający o wysokości do 2,0-2,5 m wysokości. Okoliczność ta została przez Odwołującego się wykazana poprzez załączenie do tamtego wystąpienia karty katalogowej tejże przerzucarki, z której wynika jednoznacznie, iż wysokość przyzmy oferowanej przerzucarki jest ustalona na wartość **3,2** m, a nie jak wskazane zostało w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia **2,0 - 2,5** m wysokości.”. Po drugie, >>oferowana przez Arcon Polska Sp. z o.o. przerzucarka nie gwarantuje wymaganego w SIWZ Zamawiającemu „braku przerw oraz ciągów komunikacyjnych pomiędzy przyzmy”<<;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający

3

---

równego traktowania uczestników postępowania i uczciwej konkurencji poprzez m.in. nie zweryfikowanie w sposób należyty zgodności złożonej przez Arcon Polska Sp. z o.o. oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;

- 3) art. 7 ust. 3 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Arcon Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, mimo, że cena jego oferty przekracza ilość środków, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia – Zamawiający nie wykazał, że ewentualny brak możliwości zwiększenia środków ma charakter definitywny.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie podlega oddaleniu.

Zasadniczym zarzutem odwołania było wskazanie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych – inne naruszenia (wskazywane w odwołaniu podstawy prawne zarzutów) były jedynie jego konsekwencją. Analizując zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych, tj. oceniając zgodność treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, Izba doszła do wniosku, że zarzut postawiony został nietrafnie.

Odwołujący podnosił, że zaoferowana przez Przystępującego „przerzucarka Doppstadt DU 265 Panda tworzy przyzmy o wysokości przewyższającej wysokość przyzmy dopuszczonych przez Zamawiającego. Oferowana przerzucarka tworzy bowiem przyzmy o wysokości max. 3,2m a nie tak jak wymagał tego Zamawiający o wysokości do 2,0-2,5m wysokości. Okoliczność ta została przez Odwołującego się wykazana poprzez załączenie do

4

---

tamtego wystąpienia karty katalogowej tejże przerzucarki, z której wynika jednoznacznie, iż

wysokość pryzm oferowanej przrzcucarki jest ustalona na wartość 3,2m, a nie jak wskazane zostało w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia 2,0 - 2,5m wysokości.". Po drugie, >>oferowana przez Arcon Polska Sp. z o.o. przrzcucarka nie gwarantuje wymaganego w SIWZ Zamawiającemu „braku przerw oraz ciągów komunikacyjnych pomiędzy pryzmami”<<;

W zakresie tak opisanych podstaw faktycznych odwołania Izba ustaliła, co następuje:

1. W SIWZ w załączniku nr 9a „Wymagane parametry” (stanowił on wzór do wypełnienia – w drugiej kolumnie tabeli Zamawiający opisał oczekiwane parametry, w trzeciej kolumnie - wykonawca miał potwierdzić, że urządzenie oferowane spełnia wymagane parametry), Zamawiający w pkt 4 wskazał „Szerokość formowanych pryzm – Zamawiający przewiduje, że pryzmy do formowania będą miały szerokość ok. 5,0m. Nie przewiduje się przerw ani ciągów komunikacyjnych pomiędzy pryzmami”. W pkt 5 natomiast wskazał, iż „wysokość formowanej pryzmy max. do ok. 2.0/2,5m”. Przystępujący w obu punktach w kolumnie trzeciej wpisał „tak”.
2. Przystępujący zaoferował urządzenie Dopstadt DU 265 Panda (typ urządzenia nie był sporny, tak jak nie były zasadniczo sporne jego parametry i sposób pracy – spór ograniczał się do tego, czy urządzenie zaoferowane przez Przystępującego jest zgodne z SIWZ), mające możliwość formowania pryzm do wysokości 3 m, przy czym w zakresie osiągnięć urządzenia (pomiędzy niekwestionowanym dolnym zakresem, a górnym na poziomie 3m), można uzyskać pożądaną przez Zamawiającego wysokość formowanej pryzmy. Ponadto sporne było, czy urządzenie Przystępującego może rozpocząć pracę od wewnątrz placu dojrzewania (przy założeniu, że plac dojrzewania pokryty jest w całości pryzmami bez przerw), czy konieczne jest wcześniejsze przygotowanie „ścieżki”, aby urządzenie to mogło podjąć pracę.
3. Zdaniem Odwołującego, oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są nietrafne. Należy zauważyć, że parametry opisane przez Zamawiającego w załączniku 9a do SIWZ nie mają w przeważającej większości charakteru parametrów granicznych w tym znaczeniu, że ich przekroczenie będzie wskazywać na niezgodność z treścią SIWZ. Zamawiający opisuje swoje wymagania przez określenie funkcjonalności, jakie ma posiadać urządzenie – przykładowo, jeżeli Zamawiający oczekuje wydajności w przrzcuceniu pryzmy „w czasie ok. 1,5 godziny” (pkt 6 załącznika 9a do SIWZ), to oznacza, że urządzenie może przrzcucać pryzmy także szybciej, ale nie wolniej, niż oczekuje Zamawiający. Podobnie,

5

---

skoro Zamawiający oczekuje urządzenia z możliwością formowania pryzm do określonej wysokości, to nie znaczy, że urządzenie nie może mieć opcjonalnej możliwości formowania pryzm także innej wysokości.

Niewątpliwie urządzenie Przystępującego ma możliwość formowania pryzmy na pożądaną przez Zamawiającego wysokość do ok. 2-2,5m, skoro można przy jego użyciu uformować pryzmy o określonej przez Zamawiającego wysokości, w zależności od ustawień (potwierdziły to zresztą informacje pochodzące od innych zamawiających, którzy posługiwali się przrzcucarką tego samego typu). Okoliczność, że urządzenie ma również możliwość formowania pryzm wyższych, niż oczekuje Zamawiający w postępowaniu, nie może w ocenie sądu orzekającego stanowić podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego.

Odnosnie zarzutu, którego podstawę faktyczną sformułowano następująco:

„>>oferowana przez Arcon Polska Sp. z o.o. przrzcucarka nie gwarantuje wymaganego w SIWZ „braku przerw oraz ciągów pomiędzy Zamawiającemu komunikacyjnych pryzmami”<<.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, zawartemu w odwołaniu, przrzcucarka oferowana przez Przystępującego ma możliwość „zagwarantowania” braku przerw oraz ciągów komunikacyjnych pomiędzy pryzmami dla pryzm formowanych. Na rozprawie okazało się, że taka właściwość przrzcucarki Przystępującego w istocie nie jest sporna, a Odwołujący kwestionuje nie tyle możliwość formowania pryzm bez przerw, a jedynie – co wynikało z literalnej treści odwołania - brak możliwości rozpoczęcia przez przrzcucarkę pracy pomiędzy pryzmami, gdzie nie ma istniejącego ciągu komunikacyjnego.

W ocenie składu orzekającego w SIWZ nie zawarto wymagania, aby przerzucarka rozpoczynała pracę w takim miejscu, gdzie nie ma żadnego ciągu komunikacyjnego. Oczekiwanie Zamawiającego opisane w pkt 4 załącznika nr 9a do SIWZ odnosi się do przyrządów formowanych, co w ocenie Izby wyraźnie wynika z brzmienia tegoż punktu – w pierwszym zdaniu wskazano na przyrządy formowane i w tym kontekście należy rozumieć zdanie następujące.

Wobec powyższych okoliczności Izba nie stwierdziła naruszeń opisywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

6

---

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....